

公共服务供给权责配置研究

李蕊*

内容提要 我国公共服务供给体制厘革历经从政府垄断供给到市场主导的民营化改革再到公共性回归的嬗变演进,一直难以契合人民日益增长的公共服务需求,滞碍了改革成果共享和人民群众获得感提升。掩藏于制度流变背后的逻辑,不应是政府与市场的二元对立,也不是政府给付责任的市场化,而是政府、市场、社会合作供给体制的完备以及公私权责分配谱系的重塑。着眼于多元协同合作供给体制的构建,当务之急是彰显公共性根柢,实现公共权力的有效共享。不仅要基于契约治理框架,强化政府合同治理责任,更要回归公民权利,着注公共服务消费者的权益保障。

关键词 公共服务供给 公共服务民营化 公共化约束 权责配置

一、研究的缘起

党的十九大强调“增进民生福祉是发展的根本目的”。接受优质高效的公共服务乃是公民的基本权利,亦是人们所能享有的最真实的、最基本的正义。^① 当下我国全面深化改革已经进入深水区,满足人民日益增长的美好生活需要的根本要求在于有效推进公共服务供给体制改革。^② 然而改革历经了从政府供给到政府退出、市场主导的民营化,再到公共性回归的嬗变演进,始终难以契合转型时期民众日益增长的公共服务需求。引致供给与需求失衡违和,民生改善长期游离于经济增长之外,滞碍了改革成果共享和人民群众获得感提升。第一,由于欠缺有效的生产机制和制度安排,使得政府对公共服务的资金投入和服务效果产出严重偏离。不仅供给质量难尽人意而且加剧了资源的浪费。第二,基于更多依靠市场、更少依赖政府的治理理念,部分公共服务领域实施民营化改革,陷入私人资本的逐利性与公共服务的公共性之间矛盾难以调和之窘境。

* 中国政法大学民商经济法学院教授,博士生导师。本文系中国政法大学钱端升杰出学者支持计划资助项目“当前我国农地金融法治化困境及克服”(项目批准号:DSJCXZ180408)的部分研究成果。

① 参见[英]卡洛尔·哈洛、理查德·罗林斯《法律与行政》(上卷)杨伟东等译,商务印书馆2004年版,第158页。

② 囿于篇幅所限,本文研究主要着眼于养老照料、学前教育、预防保健等社会性公共服务供给,对于属于政府核心职能且牵涉个人最为基本的生存权和发展权的基础性公共服务供给,例如义务教育、社会保障等,暂不涉及。后文所称公共服务亦拘囿于此范畴。

第三,在政府简政放权、社会治理鼎新的背景下,部分公共服务领域政府放权变成了弃责,公法责任遁入私法,诱致公共责任的懈怠推诿甚至衍生尺蠖效应,使得可问责性、正当程序、平等、理性等公共价值难以彰显。^③ 第四,契约治理框架下公共服务消费者主体地位缺失,效率标准与公民权利标准难于竞合统一。

随着“问题疫苗”事件、“幼儿园虐童”事件等持续发酵,除却惶恐,国人不禁反思是什么使得公共服务安全风险这只灰犀牛朝我们飞奔而来?掩藏于公共服务供给体制厘革背后的制度流变逻辑,不应是政府与市场的二元对立,也不应是政府给付责任的市场化,而是政府、市场、社会多元协同合作供给体制的完备,以及公私权责分配谱系的重塑。通过制度创新扩大制度的有效供给乃是解决制度缺失和落后的基本路径。^④ 如何有效配置权责,协同政府、市场、社会三维要素提升公共服务供给绩效、增进民生福祉,就成为值得思考的课题。

二、公共服务供给权责配置的逻辑起点: 从民营化到公共化约束

公共服务供给体制嬗变厘革乃是一个典型的诱致性制度变迁历程。伴随社会经济发展,现代社会高度分化、公共产品来源日益多元、民众权利意识日益觉醒……通过大政府才能实现的社会理想被证明成为幻影。^⑤ 20世纪70年代末80年代初以降,以英、美为代表的西方主要国家在公共服务供给领域推行民营化改革。^⑥ 主张弱化政府角色,采用以市场为基础、由竞争驱动策略来取代以规则为基础、由权威驱动的策略。^⑦ 我国公共服务民营化的浪潮肇始于20世纪90年代,目前已辐射教育培训、医疗保健、养老康复等诸多领域。梳理既有实践,与多数国家相仿,我国公共服务民营化没有采选政府彻底退出的“完全民营化”模式,而是选择了介于任务完全私人化和单纯组织私法化之间的相对温和的模式,即功能的民营化——由私部门在特定行政任务中代替国家执行,

③ 尺蠖效应最早由清华大学历史学教授秦晖提出。尺蠖无论是缩短还是伸长,都只朝着一个方向(伸长的方向)行进。意指政府可以在两种截然相反的政策中选择,但无论如何选择,选择的结果都是对政府有利的,甚至政府获得了没有义务的权力。

④ 参见魏治勋《“善治”视野中的国家治理能力及其现代化》,载《法学论坛》2014年第2期。

⑤ 参见[美]E. S. 萨瓦斯《民营化与PPP模式:推动政府和社会资本合作》,周志忍等译,中国人民大学出版社2015年版,第304页。

⑥ 民营化在学理上缺乏统一的概念,泛指原来由公部门执行的行政任务转移到私部门的过程,是一种渐进式的发展历程。

⑦ 参见[美]珍妮特·V·登哈特、罗伯特·B·登哈特《新公共服务:服务而不是掌舵》,丁煌译,中国人民大学出版社2016年版,第9页。

生产具体公共服务。^⑧

民营化的核心特质有二:一是摒弃韦伯式官僚制的视角,借助市场竞争的力量把问责的核心迁移于顾客满意及生产效率,其标准和程序为市场竞争所替代成为政府问责的关键机制。从而有效排除注重程序、轻视结果的传统政府问责机制之积弊。二是竞争处方,它将市场化的自由竞争引入公共服务的生产,采用竞争性合同选择私营部门,其关键是竞争和消费者选择权。政府只是作为公共服务提供者,而将一部分公共服务的生产者的角色赋予非政府部门,而后经由合同竞标引发服务生产者之间有效的竞争。从而使得公众的需求因为更弹性多元的选择获得更有效的满足,最终促进消费者能够享受到优质高效的公共服务。^⑨

(一) 对民营化效果之检视

竞争存在与否,乃是决定民营化能否成功的关键要因。^⑩ 公共服务民营化是否必然促进竞争、增加消费者选择? 有学者考察了近20多年来美国民营化发展历程,发现由政府直接供给公共服务的比例始终保持在60%左右。原因非常简单,因为民营化并非总是最有效的治理工具。^⑪ 基于实证研究,格雷曼指出,对于处于复杂的公共服务领域的民营化而言,在此领域至少存在三个原因——界定任务和评估绩效的困难、已有承包商建立的壁垒,以及腐败。上述因素共同威胁着竞争,使得竞争难于设置或维持。^⑫

盘点我国既往在学前教育、预防保健等领域所推行的民营化改革,不难发现因由信息不对称、生产者逐利性和选择性供给等,引致服务价格上涨、服务质量难如人意,尤其是对服务需求最迫切的社会弱势群体却往往难以获得充足有效的公共服务。以学前教育改革为例,1998年国家提出以社会力量办园为主体的办学体制,学前教育进入由“福利化办园”向“社会化办园”转型的阶段,部分地区出现了学前教育过度市场化的趋势。随之而来的是全国学前教育服务供给呈现出全面滑坡的局面。^⑬ 一言以蔽之,民营化并未实质增加竞争,扩大消费者选择。(1) 学前教育服务属于以人为直接给付对象的典型的“软性”服务,具有复杂的目标和任务,难以建立单一化的评估标准,这使得服务质量

⑧ 任务完全私人化即实质的私化,将公共任务转移给私人。组织私法化即组织的私化,将承担公共任务的组织私法化成公司形态。参见詹镇荣《民营化法与管制革新》,台北元照出版公司2005年版,第3页。囿于篇幅所限,本文的研究亦着眼于此。后文所称民营化亦限于功能的民营化即政府确定某种公共服务的数量和质量,对外承包给市场主体或非营利的社会组织,由其按照与政府签订的合同提供公共服务,政府用财政拨款购买其服务。也即英美国家所称的公共服务合同外包(Contracting Out)。

⑨ 参见叶托、隆晓兰《市场问责机制的局限性及超越:政府购买公共服务的多元问责框架》,载《中国社会科学院研究生院学报》2016年第6期。

⑩ See John D. Donahue, *The Privatization Decision: Public Ends, Private Means*, at 131 (Basic Books, 1989).

⑪ See Mildred E. Warner & Amir Hefetz, *Privatization and the Market Structuring Role of Local Government*, briefing paper, at 12 (Economic Policy Institute, 2001).

⑫ See Michele Estrin Gilman, *Legal Accountability in an Era of Privatized Welfare*, 89 California Law Review 571, 599 (2001).

⑬ 学前一年入园率由1999年的76.6%降低到2003年的64.3%。联合国教科文组织发布数据显示,2004年中国三年幼儿教育毛入学率仅为36%,而世界平均水平为37%,北欧和西欧为78%,转型期国家为59%。参见韩清林《“普及与公平”是中国学前教育发展战略和基本政策的必然选择》,载《当代教育科学》2011年第3期。

衡量具有高度的多维性和复杂性,难以合约化。再叠加其服务对象一般为6岁以下儿童,尚不具有良好的辨识能力以及沟通交流和表达能力,难于建立及时有效的受众反馈机制,更加难于对服务效果施以客观评价。申言之,相较于一般公共服务,学前教育服务提供主体、监管主体、接受主体及其监护主体之间天然存在高度的信息不对称,若无有效的信息交流机制及相关制度约束,必然会加剧具有信息优势的服务生产主体的逆向选择和道德风险。(2)在合同不完善的情况下,民营主体大多关注成本和效率,一般少有考虑如何维持或改善服务质量。从而充分印证了学者们提出的“质量阴影假设”(quality-shading hypothesis),即以牺牲质量为代价的高生产率。考究近年各地频发的民办幼儿园“虐童”事件,一个共性特质便是幼教人员资质缺乏、数量严重不足且待遇低下。(3)私营部门只对最佳营利机会感兴趣而不会关注其他,甚至衍生撇脂效应。高企的收费以及严苛的入园条件使得对于教育改善需求最迫切的生活困难群体却难以获得充足有效的服务,严重背离起点公平。(4)在供给尚不充裕的前置条件下,学前教育领域并非是完全竞争市场。供给方缺陷和需求方缺陷所引发的市场失灵与不完全竞争市场互为因果,构成该领域多样化的约束条件。^⑭未形成有效竞争的民营化仅仅是从公共垄断演化为私营部门垄断而已,并不意味着服务消费者拥有更多选择。以至于面对“虐童”事件的叠发,家长们除却义愤甚至无力选择“用脚投票”。

(二) 公共化约束及有力有效的政府

公共服务的核心特质在于公共性,这是公意和合法性的基础。康德有言,倘若从公共权利的全部质料之中进行抽象,那么所剩余的将是公共性的形式;这是所有权利要求中都会含蕴的,若没有它正义便不会存续。^⑮对于公共利益的追寻,对于公共权力运用的规范,对于公平、正义等价值理念的秉承坚守,对于私权利(包括对于所有参与公共服务供给的主体以及接受服务的公民的权利)的尊重,以及公众的参与表达、理性对话和平等协商等均是其应有之义。

如前所述,作为以公民为直接给付对象的“复杂服务”,公共服务民营化天然内蕴公共性与营利性之矛盾。在公私领域之间如何寻找最佳平衡点,以提升公共服务供给质量和效率就成为亟待解决的问题。为降低民营化风险,各国不约而同地选择以回归和重塑公共性作为基本价值理念,对民营化施加各类公法约束,将一些原本用于约束政府的公法规范扩大用于约束公共服务私营承包商。从而对于单纯适用市场机制的民营化施以公共化约束。有学者指出所谓公共化乃是将公法标准及公共准则延伸适用于私人主体的过程,所导致的是再管制而不是放松管制。^⑯这种约束既包括程序约束亦涵盖特

^⑭ 所谓供给方缺陷是指政府购买的服务根本就没有预先存在的市场,或政府的规定会在各种私人公司之间产生或增加服务需求;市场为一小股供应商所把持;市场会受到额外的成本与效益影响。所谓需求方缺陷是指,政府无法准确界定所购买服务的品质和数量;无法克服委托代理关系中的信息不对称问题;政府购买会受到官僚政治的影响。参见杨欣《公共服务合同外包中的政府责任研究》,光明日报出版社2012年版,第43页。

^⑮ 参见[德]康德《历史理性批判文集》,何兆武译,商务印书馆2005年版,第147页。

^⑯ See Jody Freeman, *Extending Public Law Norms through Privatization*, 116 Harvard Law Review 1285, 1286 (2003).

定条件下的实体约束,囊括了普遍服务义务、市场退出限制和行政接管等。在英国,民营化走向公共化的标志在于公共服务法的勃兴,它开启了“负责任的资本主义”,其中包含了消费者保护管制、社会、经济与环境价值约束等诸多内容。在德国,在公共服务招标时政府除了对于投标人有经济性和履约能力方面的要求外,还越来越多地增加对投标人满足社会政治、就业市场政策或者预防犯罪政策等方面的标准要求。在美国,政府不仅通过了一系列法令规范公共服务合同内容,规定合同主体的法律责任,而且规定提供公共服务的非政府部门若是违反非歧视等准则,将无法获得联邦政府财政援助及税收减免。

公共服务市场化本身意蕴丰富的内涵体系,其中最基本的分野在于政府责任的市场化和服务提供机制的市场化。当下公共服务领域政府治理的准市场模式已然不可逆转,但是政府分权不等于弃责,政府责任绝不应遁入私法。基于此,美国学者詹姆斯·森德奎斯特提出了真假民营化的主张,强调“真民营化”建立在一个健全的政府功能基础上,是通过公私部门协同合作改善所提供的公共服务的品质。“真民营化”只是转移公共服务的生产功能,并不转移政府的供给责任。而“假民营化”则是政府弃责推诿,是政府对于公共服务供给的规划、监督、评估或修正等责任的放弃。^{①7}以美国儿童福利供给为例,1995年直接对市长负责的儿童服务委员会(Administration for Children's Services,简称ACS)在纽约市成立。该委员会为了避免服务生产者的垄断,解决以往服务供给合同普遍面临的在一个地区内只设置一名提供商的问题,在每个区设置了两个以上的服务提供者,从而保证了服务接受者的选择权。此外,修订后的纽约市宪章规定,服务供给机构所签订合同不能超过9年,并且每3年必须复审和更新合同。为了促使合同效率可评估,纽约市还为新的市场进入者设定了履行标准。根据评估结果儿童服务委员会甚至关闭了得分偏低的照料机构。^{①8}从这个案例不难发现,民营化所变动的只是公共服务具体生产主体,并不蕴含着政府的退出,政府对公共服务的给付责任没有改变,只是其既往的直接履行责任转变为监督责任、担保责任(详见后文论述)。

正如伽达默尔所言“问题不是我们做什么,不是我们应当做什么,而是什么超越了我们的愿意和行动,并与我们一起发生。”^{①9}公共服务供给固有的公共性和私人部门天然的逐利性之间的冲突抵牾,离不开政府协调和平衡。民营化过程不是政府放权弃责“归隐山林”,而是积极履职尽责。^{②0}易言之,民营化仅意味着私人部门对某些公共事务程度不同的参与,并非是政府从既有的行政任务中的全面退却,也绝不是政府提供公共服务义务和责任的转移与解除。^{②1}民营化要求政府要具有市场鉴别的能力,更要学会采用差

^{①7} 参见詹中原《民营化政策——公共行政理论与实务之分析》,台北五南图书公司1994年版,第21页。

^{①8} 参见前引^{①4}杨欣书,第106页。

^{①9} [德]伽达默尔《真理与方法》,洪汉鼎译,上海译文出版社2009年版,第4页。

^{②0} 参见陈思融、章贵桥《民营化、逆民营化与政府规制革新》,载《中国行政管理》2013年第10期。

^{②1} 参见王太高、邹焕聪《民生保障、民营化和国家责任的变迁》,载《江海学刊》2011年第1期。

异化的管理方式协调公私主体关系。^{②②} 此中,最重要的能力就在于政府的合同管理能力。这是一个以契约为根柢,通过监管服务的生产者普遍服务义务的履行,同时运用强制信息公开、标准制定、紧急接管等手段的一个持续性的综合的控制过程。^{②③} 正如凯尔特所强调的“若政府不是一个精明的买家,知道该买什么,到哪里去买,以及如何评价其所购买的产品和服务,那么民营化必然会失败。”^{②④} 当下,契约已日益成为重要的权力运作机制和管制工具。^{②⑤} 在公共服务供给领域,国家对于私人主体施以公法约束多是通过公共利益条款、持续供应条款、质量与安全条款等合同的具体条款来实现。^{②⑥} 尽管合同具有自治性,但是政府合同显然具有鲜明的公共性。政府在通过合同将公共服务职能外包之时,着眼于公共目的,亦会通过合同为私法主体设置诸多公法义务。例如美国一些州在教育凭单合同中明定,需要确保参与人的信仰以及表达自由,并执行州和地方歧视雇员法等内容;也有一些州在民营化合同中涵括了承包商必须遵守反歧视规则等管制性条款的内容。当然相较于许可规制下的命令控制,合同规制显然更具合作、协商之色彩。^{②⑦} 过往,我国学前教育等公共服务领域的民营化改革收效甚微的根本原因正是在于政府的合同管理能力的不足以及政府责任的市场化。有鉴于此,在当下加快推进的养老服务供给改革、全面放开养老服务市场过程中,^{②⑧} 尤其要着重强化政府对于合同的管理及其监督责任,对于私人供给主体施以适当的公共化约束。2019 年国家发展和改革委员会、民政部、国家卫生健康委员会共同印发《城企联动普惠养老专项行动实施方案(试行)》就提出参与企业要明确承担的公益性服务内容,接受社会监督。在城市政府与养老服务企业签订合作协议中除明定政府土地、财税补贴等支持政策外,还以《企业责任推荐清单》的形式明晰企业在价格、运营、标准、公益服务等方面的责任,并向社会公开。为促进普惠性养老服务供给,还配套出台《城企联动普惠养老专项行动项目和资金管理办法(试行)》,以规范性文件的形式强化公共服务合作供给中政府部门权责。

(三) 公共化约束范畴之考量

毋庸讳言,公共化约束亦面临着一个实施程度的问题。尽管在维护公法价值方面公共化具有一定优势,但过度的公法规制必将折损民营化之效率,引致其市场优势消失殆尽。易言之,公共化也是有成本的,工具的强制性越强,效率成本就会越高。^{②⑨} 正如有

^{②②} [美]唐纳德·凯特尔《权力共享:公共治理与私人市场》,孙迎春译,北京大学出版社2009年版,第16页。

^{②③} 参见骆梅英《通过合同的治理——论公用事业特许经营契约中的普遍服务条款》,载《浙江学刊》2010年第2期。

^{②④} Donald F. Kettl, *Sharing Power: Public Governance and Private Markets*, at 179 (The Brookings Institute, 1993).

^{②⑤} 参见[美]朱迪·弗里德曼《合作治理与新行政法》,毕洪海、陈标冲译,商务印书馆2010年版,第320页。

^{②⑥} 参见余晖、秦虹《公私合作制的中国试验》,上海人民出版社2005年版,第114页。

^{②⑦} 参见杨欣《论政府职能合同外包中的公法约束》,载《法学论坛》2007年第5期。

^{②⑧} 参见国务院办公厅2016年发布《关于全面放开养老服务市场提升养老服务质量的若干意见》。

^{②⑨} See Lester M. Salamon, *The New Governance and the Tools of Public Action: An Introduction*, 28 Fordham Urban Law Journal 1611, 1631 (2011).

学者所担忧的,民营化过程中越来越多的非政府组织被实际政府化了。^{③①}从而抑制了其
与政府合作的动力,私人主体和社会组织甚至可能会选择用脚投票,退出与政府的合
作。故而将公共化约束拘囿于适当的范围之内至关重要。

下列情形下应当考虑对公共服务民营化施加公共化约束:(1)就服务内容而言,公
共化一般适用于难以界定合同目标,服务生产者具有较大自由裁量权的情形。经验证
据表明,民营化难以适合以人作为对象的长期性的任务,这个领域一般缺乏可明确界定
的标尺和足够的竞争。因此,法律机制在实现福利责任方面就显得尤为重要。^{③②}当公共
服务目标繁复庞杂,对服务质量难以厘定统一的评定标准,多元的甚至相互抵牾的价值
共存于服务之中时,哈特将其称作“不能合同化”^{③③}。此时,服务品质可以被定义为向这
些服务的“投入”;可被定义为提供服务的“过程”;可按照服务提供过程中的“产出”或
“活动”进行衡量;也可按照使用这些服务的“结果”进行界定。^{③④}以养老服务为例,随着
我国人口老龄化加剧以及家庭养老功能的弱化,不仅养老服务需求增加,养老服务质量
也亟待提升。2016年国务院办公厅发布《关于全面放开养老服务市场提升养老服务质
量的若干意见》提出“加快推进养老服务业供给侧结构性改革,提升服务质量,让广大老
年群体享受优质养老服务,切实增强人民群众获得感”。但是养老服务属于系统性综合
性服务,不仅包含对老年人的生活起居照料,还包含医疗保健、护理康复乃至精神慰藉、
文化娱乐、社会参与等“软性”服务。而后者的供给质量主要牵涉于服务“过程”和“结
果”,并且服务“结果”多维复杂,更多是反映于服务接受者精神层面的主观感受,难以
预先采用准确客观标准进行量化表达。这已然已成为当下提高养老服务质量的一大难
点。在服务目标界定困难时,服务的生产者对于服务内容、质量等的裁量权就会较大。
由于在技术层面难以将服务质量损失等认定为合同条款的违反,这种“不能合同化”为
承包商以牺牲质量为代价降低成本创设了路径。^{③⑤}而公共化恰恰可以依公法规则约束
其裁量权,从而维护和实现复杂服务中的公共价值及社会公共利益。^{③⑥}(2)就服务对象
而言,公共化适用于接受公共服务的消费者为弱势群体的情形。相较于一般服务消费,
在养老照料、学前教育等公共服务领域,其服务对象群体力量不足、能力缺乏或被边缘
化,弱势性明显,再因由缺乏政治影响力,弱势群体在关涉自身利益的公共服务供给等
诸多领域的话语权和选择权不足,在诸种服务供给利益的博弈中极易被忽视,尤其当接
受服务的消费者没有直接为公共服务付费时,其弱势性更会趋于加重。尽管在民营化

^{③①} See Donald F. Kettl, *The Transformation of Governance: Globalization, Devolution, and the Role of Government*, 60 Public Administration Review 488 (2000).

^{③②} See Michele Estrin Gilman, *Legal Accountability in an Era of Privatized Welfare*, California Law Review 571, 598 (2001).

^{③③} Oliver Hart, John Moore, Foundations of incomplete contract, 66 Review of Economic Studies 115, 138 (1990).

^{③④} 参见[英]朱利安·勒·格兰德《另一只无形的手:通过选择与竞争提升公共服务》,韩波译,新华出版社2010年版,第2页。

^{③⑤} See Oliver Hart, Andrei Shleifer & Robert W. Vishny, *The Proper Scope of Government: Theory and an Application Prisons*, 112 Quarterly Journal of Economics 1127 (1997).

^{③⑥} 参见杨欣、李文沛《论“民营化”与“公共化”的公法统合及条件》,载《河北法学》2011年第1期。

过程中,竞争等手段会裨益于合同目标的实现,但是为确保弱势群体基本人权的实现,必须对于此种情形的民营化施以必要的公法约束。^{③⑥}

三、多元协同合作供给体制下权力结构的嬗变

20 世纪末期,随着新自由主义受到广泛质疑和抵制,各国民营化明显减速,“后民营化时代”到来。^{③⑦} 社会结构格局相应的从政治国家与市民社会的分化,延展到政治国家同市民社会、第三域的共存。^{③⑧} 政府根据实践发展需要,更加理性地择选公共服务提供样态方式,逐渐脱离对于市场神话的过度膜拜。由此,公共服务供给由最初的市场化改革过渡到市场化和社会化改革并重。^{③⑨} 多元协同合作供给公共服务不约而同成为诸多国家公共治理改革的核心内容之一。多元协同合作供给是指在特定的领域内,由政府部门、私人企业、非营利社会组织等多样化的主体,采用合同承包、特许经营、补助、凭单、志愿服务等多种供给形式,以协同合作的方式来提供公共服务。此中,多元主体不仅指一项公共服务的供给中可以有多个主体共同参与竞争以确定由谁提供,亦指一项公共服务的供给可以同时由多个主体协作生产。从而有效整合公共部门、私人部门等力量,将不同层面的公共服务供给政策工具和手段组合成一个系统的框架,形成一个多元而富有弹性的公共服务供给“工具箱”。

政府、市场和社会组织在结构、功能等层面的互补性决定必须通过多元协同合作供给,方能有效求解单一供给方式面临的困境,实现公共服务供给资源的优化配置。公共服务供给中政府失灵、市场失灵和志愿失灵的层叠共生,亦决定了非此即彼的单一公共服务供给体制必然被多元协同合作供给的体制所取代。(1) 在公私二元分离的政府垄断供给模式下,着眼于求解市场条件下公共服务供给之不足,政府作为公共服务供给的主导者,处于管制主体的地位,全面掌控公共服务供给计划、生产、管理等诸环节。不仅是公共服务的直接和唯一生产者,还同时扮演着资金提供者、生产安排者以及监督者、管理者等诸种角色。科层制使得政府在提供公共服务过程中具有明显的刚性,难以有效回应民众多元的需求,容易引致政府供给的失灵,衍生政府寻租、过度消费公共资源等诸多问题。(2) 民营化改革过程中市场机制的引入,固然有利于纠正政府失灵。然而市场资本自身营利性与公共服务供给公共性之间的抵牾,又极易衍生私人垄断、选择性供给、质量阴影等市场失灵。(3) 具备不分配约束特质的非营利组织恰恰有利于约束民

^{③⑥} See Martha Minow, *Public and Private Partnership: Account for the New Religion*, 116 *Harvard Law Review* 1229, 1237 (2003).

^{③⑦} 在英、美等最先实施市场化改革的国家不同程度地呈现民营化的逆向发展风潮,政府将一些不成功的外包服务收回,一些社会性公共服务供给开始向公共部门回归。参见胡伟、杨安华《西方国家公共服务转向的最新进展与趋势——基于美国地方政府民营化发展的纵向考察》,载《政治学研究》2009 年第 3 期。

^{③⑧} 参见唐清利《社会信用体系建设中的自律异化与合作治理》,载《中国法学》2012 年第 5 期。

^{③⑨} 参见杨安华《政府购买服务还是回购服务?——基于 2000 年以来欧美国家政府回购公共服务的考察》,载《公共管理学报》2014 年第 3 期。

营生产者的机会主义行为,从而纠正市场失灵。^{④①}但是这类组织天然涵括的公益性狭隘、资源动员能力不足等缺陷,又往往会导致“志愿失灵”。这恰恰又需要政府及时介入给予必要的干预与支持。^{④②}

多元协同合作供给公共服务体制的厘革不仅改变了政府、市场资本和社会组织的职能,还以不同方式重新组合了公共服务供给权力。供给方式的变革推动了权力结构的优化。权力结构的优化反过来推动了供给主体的多元化与合作化。使得政府、市场和社会组织等多元主体在公共服务的供给中通过相互竞争与合作形成良性互动,进而构建多中心的权力共享体系。^{④③}正如美浓部达吉所主张的“必须深入法律运行的生动世界去理解公权与私权合作治理社会对于国家和人的行为所产生的影响。”^{④④}(1) 政府垄断供给公共服务模式下,依托官僚层级制公共服务供给主体之间形成了金字塔型的权力分层结构,公共权力在公共服务供给主体之间集权化、等级化配置。由于政府垄断了供给决策过程中的信息资源和决策权力,并基于理性经济人的天性内在具有扩张权力领域的冲动,往往事先单方决定公共服务的种类、数量、范围等,甚至在某些领域突破政府辅助性原则。这使得公众不仅缺乏选择公共服务的权利,甚至没有拒绝接受的权利。引致公共服务供给效率低下、对于需求回应性不足、公民参与缺乏等诸多问题。(2) 针对这种绝对集权化的供给制度安排,最有效的办法就是适当削减、分散政府在政策制定中的决定权和供给的执行权。具而言之,就是着眼于合作治理,将公共服务供给决策权和执行权在政府、市场、社会主体之间进行适当配置,并以公共利益实现为皈依,经由立法程序对其进行整合实现法定化。要根据服务自身的公共性程度,明定对于某种公共服务政府是否有责任提供。若政府有责任提供,那么需要确定政府提供的具体方式,是直接生产还是间接生产。若应由政府间接生产,那么需要明确是由私人企业还是社会组织作为生产者,具体采用何种方式,是通过政府间协议、外包,还是特许经营、补助、凭单等。^{④⑤}

着眼于政府、市场、社会主体的比较优势,政府应主要关注私人企业和社会组织难以供给的普遍义务性的、无差别的公共服务的生产。同时,基于有效竞争的公共采购机制,宜通过合同形式,将差异化的或补充性的公共服务转包给私人企业和社会组织。^{④⑥}(1) 对于市场机制能够起作用的、主要以效率为目标的领域,可以通过合同外包、特许经营等方式让私人企业扮演公共服务的设计者、投资者、生产者,以及运营者等多重角色,提供差异性的公共服务。(2) 作为社会发展的缓冲器,社会组织更具弹性和适应性,对

④① See Henry B. Hansmann, *The Role of Nonprofit Enterprise*, 89 Yale Law Journal 835, 845 (1980).

④② See L. M. Salamon, *Rethinking Public Management: Third-Party Government and the Changing Forms of Public Action*, 29 Public Policy 255, 275 (1981).

④③ 参见吴春梅、翟军亮《变迁中的公共服务供给方式与权力结构》,载《江汉论坛》2012年第12期。

④④ [日]美浓部达吉《公法与私法》,黄冯明译,中国政法大学出版社2003年版,第150-166页。

④⑤ 参见句华《公共服务中的市场机制——理论、方式与技术》,北京大学出版社2006年版,第46-47页。

④⑥ 参见[澳]欧文·E·休斯《公共管理导论》,张成福等译,中国人民大学出版社2007年版,第61页。

于公共服务供给的市场失灵和政府失灵也更具弥补性,对于难以量化的、具有复杂目标和任务的长期服务领域,则适宜通过志愿服务、公益性收费服务等方式,由社会组织作为服务的生产者和运营者。一方面,通过领域开放、授权分权改变过往金字塔式的集权供给体制,在公共服务供给中构建具有弹性的分权化、扁平化的供给权力结构,以实现公共服务供给权力主体从一元向多元的实质性变革,促进多元主体之间的合作供给和共享权力。另一方面,依托网络治理理论,民众、社会组织、私人企业要共同参与构筑公共服务供给权力的网络化结构,以纾解公共服务供给中的政府与公民之间乃至多元主体之间的权力结构的违和失衡。

以2010年发轫于英国的为效果付费债券(Pay for Success Bonds)^{④⑥}为例,它在既往公共服务民营化实践的基础上,有效统合政府、市场、社会三维治理要素,衍生构造出一种新型的公私合作伙伴关系(public, private and non-profit actors,简称PPNP)。着眼于提升服务供给的社会效益的目标,政府部门委托公益性的融资中介机构作为代理人,向社会资本发行债券融入资金。基于政府的授权,中介机构将所融通资金通过服务购买协议提供给非营利服务组织,用于在早期教育、社区矫正、儿童寄养、劳动力发展、老年人孤独排解、无家可归者救助等公共服务供给领域,向相关目标对象人群供给公共服务。^{④⑦}其核心要义在于权力分散和合作治理,申言之,通过结构化合同将绩效管理和问责迁移导入于公共服务领域。此中,作为公共服务的委托人,政府不再按照服务“数量”付费,而是依据社会组织的服务“效果”偿债。相较于传统的民营化合同,为效果付费债券的合同构造更加繁杂丰富。首先,政府部门与融资中介机构要基于债券发行目标,缔结委托协议建构委托代理关系。政府委托融资中介机构发行债券筹集资金,并对公共服务的提供进行监管。而后,基于政府委托,中介机构作为代理人不仅要签订债券融资协议发行债券,从投资者处融入公共服务供给项目所需资金。还要与非营利的社会服务组织签订购买服务协议,基于协议社会服务组织将向特定的目标对象提供公共服务。不啻唯是,为了有效耦合联动激励机制、问责机制于公共服务效果,中介机构还要代表政府委托独立的第三方评估机构,评判服务供给项目的社会效果。迥异于传统政府债券,为效果付费债券的偿付不具必然性,债券最终偿付与否将有赖于第三方评估机构对于服务供给社会效果之评估。权力的分散乃是为效果付费债券的一个核心特质。它承认政府、市场资本、非营利组织均缺乏单独解决我们当前社会最大问题之能力,着眼于协同合作将政府、市场资本和社会组织置于各自最适合的位置,执行各自最擅长的部分。并为非政府部门配置更大的执行权,以提升公共服务供给质量和效率。迥异于传统的民营化将权力主要转移托付于私人企业。着眼于提升公共服务效果,经由结构化的合同,为效果付费债券实现了将权力分散于融资中介组织、投资者、非营利的社会服务提供者和第三方评估机构等多个主体之目标。

^{④⑥} 亦称为社会效益债券(Social Impact Bonds)。

^{④⑦} 参见李蕊《为效果付费债券:公私协同供给公共产品的创新构造及其本土化》,载《法学评论》2017年第2期。

四、多元协同合作供给中政府的合同治理责任

无可置疑,在政府、市场、社会的多元协同合作供给过程中,由于契约的运用使得人类发现了通往善治之阶梯,进而达至治理方式的刚柔并举,在技术上使人人皆享治权具有可能,主仆关系名实难副的千古难题亦可藉此破解。^{④⑧} 公共合同制提供了一种可供选择的替代国家权威的机制。^{④⑨} 作为传统意义上的私法手段的合同,扮演一个工具性政策的角色。它不再被视为意思自治的工具,而是被作为一种旨在促就公共服务之良好运作的合作机制。合同的一方主体是代表国家的政府机构或者政府授权的代理人,其同时亦作为合同履行的监督管理人。作为契约性要素和权力性要素的融合体,需要在正当运用纳税人所纳税款、确保公法合同制度的公共性以及订立合同的另一方当事人利益之间做出平衡。^{⑤①} 于政府部门而论,其所签署的已不再是单方制定的行政公文,而是双方经平等协商后共同拟定之契约;于非政府部门而言,合同既具隶属性又具合作性。^{⑤①} 此类合同可归属于经济行政合同(政府经济合同)范畴,兼具公法和私法双重属性,故而其当事人应同时限束于公法和私法原则。在没有公、私法区分传统的英美法系,则将此类合同统称为政府合同。为解决适用私法规范可能引致的对于公共利益的侵害等问题,英国法着眼于政府合同的法律体系及技术框架,亦选择融入诸如公平、公开和责任等内容来体现公法价值安排。^{⑤②}

公共服务供给中从权力向合同的转向,使得政府由权威治理走向合同治理。这是一种与既往以权力为基础的治理大相径庭的方式。尽管纵向的、以权力为基础的治理模式仍在运作,但它是与一个横向的、以谈判为动力的合同模式协同发挥作用。而政府作为合同管理者则恰好处于两个治理模式的交叉点。^{⑤③} 现代国家犹如一个“合同化国家”。从而逐步构造了一种崭新的公共治理模式——“合约制政府”即依托合约制作为治理机制,以委托代理关系作为基本框架,以提升公共产品供给质量效率为宗旨的政府模式。契约乃是整体责任性制度的重要组成部分,代表着可能规定公私主体责任性的关键工具。^{⑤④}

多元协同合作供给公共服务面临的核心困境在于如何在分权、放权、授权与多中心治理过程中避免责任真空。前已述及,引致我国学前教育、预防保健等公共服务供给领

④⑧ 参见江必新《中国行政合同法律制度:体系、内容及其构建》,载《中外法学》2012年第6期。

④⑨ 参见[英]简·莱恩《新公共管理》,赵成根等译,中国青年出版社2004年版,第257页。

⑤① 参见Daniel J. Mitterhoff、杨伟东、刘秀华《建构政府合同制度——以美国模式为例》,载《行政法学研究》2000年第4期。

⑤① 参见于安《政府活动的合同革命——读卡罗尔·哈洛和理查德·罗林斯〈法与行政〉一书“酝酿中的革命”部分》,载《比较法研究》2003年第1期。

⑤② 参见[英]彼得·莱兰、戈登·安东尼《英国行政法教科书》,杨伟东译,北京大学出版社2007年版,第551-560页。

⑤③ 参见[美]菲利普·库珀《合同制治理——公共管理者面临的挑战与机遇》,竺乾威等译,复旦大学出版社2007年版,第50、53页。

⑤④ 参见前引⑤①,[美]朱迪·弗里德曼书,第46页。

域改革劳而少功的根本原因正是在于政府责任市场化,使得公法责任遁入私法。多元协同合作供给体制的构建使得公共服务的供给模式由单中心的政府供给转为多中心的政府、市场和社会多元协同合作的供给模式。但是多中心供给只是政府履行供给责任的范式由直接供给转变为间接供给,并不意指政府可以削减或放弃公共供给责任。正如联合国发展计划署研究报告所指出的,我们面临的问题是如何有效改善政府治理,而不是如何削弱政府作用。着眼于合同治理目标,对于政府责任的明确要求在于:在公法规范中实现公民权利。政府应肩负起合同治理的责任,着眼于纵向权力关系和横向合同关系之衔接关联,政府作为合同管理者的责任在于,对于公平、效率、有效性和责任性等诸种目标施以平衡。^⑤ 概而言之,政府合同治理责任乃是一种复合性的责任,对于公共服务供给之合法性、正当性,以及供给质量效果等,政府需要承担制度供给的责任、监督的责任、担保的责任。

在合作供给中政府始终处于治理中的元治理的地位。(1) 作为同辈中的兄长,需要做好“游戏规则”的制定,促使参与者通过各自相对独立的行动形成增加社会总体福利、提高公共服务供给绩效的合力,并且要承担对于公共服务供给的托底职能,保证公众最基本、最普遍的公共服务需求获得满足。(2) 作为公共服务多元供给环境的培育者,需要通过制度和政策供给,为私人企业和社会组织竞争性供给公共服务创建公平、透明的竞争环境,积极培育和促进市场主体和社会组织的成长发展。(3) 作为公共服务多元供给的监督者,还要着眼于供给质量、价格、效益等多重维度,对于市场和社会的公共服务供给行为施以监管。

公共服务供给领域合作治理多元协同体制的构建不仅引发政府、市场、社会供给权力配置之厘革,为政府从全能型政府发育衍变为有限政府创设了空间,而且对于政府责任内涵及责任承担方式等亦产生巨大影响。(1) 效率、效益标准正式引入政府职责体系,政府被要求以更加有效的方式履行提供公共服务的职责。(2) 公共服务具体生产角色向市场、社会转移,使得公共服务在普及性、可接受性、公平性等诸多层面均际遇现实风险。政府不仅要创设和完备相关法律规则,而且在多元协同过程中要担任保障生产者依约履行且不偏离公共利益目标的监督者,还要扮演担保有关供给责任履行的保证人的角色等。依德国行政法院之观点,国家不能因为将行政任务委托给私人,就可以规避已然存在的,人民要求给付或者要求对于给付作出公正的裁量决定的公法之上的请求权。只是原有的“给予给付的请求权”转化为“使获得给付的请求权”。^⑥

着眼于公民在公法上的受益权之保障,政府不仅要承担监管责任,更要承担担保责任。相较于竞争性和效率,政府更有责任保障公共服务供给的社会效益与公平。这意味着契约治理下的政府责任重心应当向回应民众公共需求和保障服务质量倾斜。(1) 政府要依据法律优先和法律保留原则,同时考量自身能力,恰当厘定多元协同合作供给

^⑤ 参见前引③,[美]菲利普·库珀书,第14页。

^⑥ 参见《德国行政法院法逐条释义》,陈敏等译,台湾地区“司法院”印行2002年版,第236-237页。

之领域范畴。对于给付行政中的权力性部分,由于其牵涉国家公权力的运用,同时又直接关乎公民权益,宜由政府保留。例如在美国纽约对于无家可归者服务外包时,政府就保留了受理申请的职能。因为受理涵盖了对于申请的审查,非营利组织一般很难硬起心肠拒绝服务,而私人企业基于营利考量又可能拒绝太多的服务申请。在法律已然明定申请人资格条件的情况下,政府举办的受理中心更能客观中立地依照法定标准决定是否受理申请。^{⑤7} (2) 政府要成为精明的“买主”,必须以合同监管为中心,强化对合同缔结、执行等环节的监督管理。不仅要制定规则明晰准入和退出条件,为服务提供商创设良好的竞争环境;而且要厘定合法且有效的程序,规范服务提供商的遴选过程,并监督其提供服务之品质;还要建构特别保护机制,平衡协调公共服务供给中竞争者、生产者、消费者之利益。^{⑤8} 在监管中政府应秉持公共利益至上之理念,即确保公共利益高于囊括了合同承诺安定性等的其他利益,为保证公共服务之良好提供及公共利益实现,甚至可以不惜突破合同当事人之间的既有承诺。在实现契合合同目的、维持经济平衡的前置要件下,政府有权依法单方变更给付的内容;在合同内容不明确或对其理解存在分歧的情形下,政府有权依法予以解释;为防范避免公共利益遭受重大损失,在支付合理的补偿后,政府亦有权单方解除合同。对于不能履行合同义务的相对人,政府有权依法强制执行并施以处罚。^{⑤9} (3) 对于将特定公共服务生产职责转由私人企业或非营利社会组织履行,政府还要承担担保责任。即积极采取管制立法和相关措施,促进公共服务供给符合公益目的,并承担实现公共福祉的责任。^{⑥0} 易言之,尽管不亲自生产公共服务,但是政府需要对私人部门所生产的公共服务承担担保责任。其担保责任至少涵括两个维度:一是对于公共服务生产中的竞争秩序的担保;二是对于公共服务供给的持续性、适当性的担保。具体而言,政府担保责任不仅包含维护促进公共服务的市场竞争,保证公共服务具备相应品质、价格、数量,还蕴含确保提供服务不中断之责任,担保公共服务供给的可获得性等。^{⑥1} 尤其是当私人企业或非营利社会组织在公共服务供给中际遇经营危机或障碍,导致不能持续、稳定地供给适格的公共服务时,着眼于公共目的和社会福祉之实现,政府决不能袖手旁观,有义务及时采取必要的补救和接管措施。

审视当下我国公共服务供给改革,政府为推进学前教育普及普惠安全优质发展,一方面承担制度供给的责任——加快学前教育法立法,另一方面着眼于担保责任承担,2018年中共中央国务院专门出台《关于学前教育深化改革规范发展的若干意见》提出“政府加大扶持力度,引导社会力量更多举办普惠性幼儿园”,还强调要“大力发展公办

^{⑤7} See Steven Cohen, *A Strategic Framework for Devolving Responsibility and Functions from Government to the Private Sector*, 61 Public Administration Review 432, 438 (2001).

^{⑤8} 参见胡敏洁《论政府购买公共服务合同中的公法责任》,载《中国法学》2016年第4期。

^{⑤9} 参见前引^{⑤8}江必新文。

^{⑥0} 参见詹镇荣《国家担保责任之理论与实践——以民间参与公共建设为中心》,载台湾地区“行政院国家科学委员会”2012年10月31日研究成果报告。

^{⑥1} 参见杨彬权《论国家担保责任——担保内容、理论基础与类型化》,载《行政法学研究》2017年第1期。

园,充分发挥公办园保基本、兜底线、引领方向、平抑收费的主渠道作用”。明确到2020年全国公办园比例原则上达50%。不仅要充分利用腾退搬迁的空置厂房、乡村公共服务设施、农村中小学闲置校舍等资源,以租赁、租借、划转等形式举办公办园,还鼓励支持街道、村集体、有实力的国有企事业单位,特别是普通高等学校举办公办园。同时规范小区配套幼儿园建设使用,明确配套幼儿园由当地政府统筹安排,办成公办园或委托办成普惠性民办园。在长生生物等疫苗事件之后,着眼于监管者角色的有效扮演,政府迅速着手制定针对疫苗安全管理的专门法律,明确规定对疫苗生产企业实行严于一般药品生产企业的准入制度。并将疫苗安全上升到国家战略的高度,提出构建覆盖疫苗全过程和全生命周期的最严格监管制度。^⑫未来我国还将健全疫苗上市许可持有人制度、疫苗全程信息化追溯制度、批签发管理制度和疫苗责任强制保险等制度。同时也将强化对于监管部门和地方政府的责任追究制定。

当前“全面放开养老服务市场”的养老服务供给改革正在推进,政府应及时汲取过往学前教育和预防保健等领域民营化改革之教训。在积极引导社会资本进入养老服务业,推动公办养老机构改革的同时,更要加强公共化约束,明确厘定政府公共供给责任,强化政府合同治理能力。(1)在降低准入门槛、营造公平竞争环境的前提下,要强化对养老机构运营和服务的监督管理,完善养老机构管理和服务标准体系,同时还要健全养老服务评估制度尤其是第三方评估制度,并将评估结果及时向社会公开。(2)作为社会保障的重要一环,要加大财政支持和投入,保障适当比例的公办养老服务机构的良性运转。这实然是一种竞争范式下的“公共公益混合供给”模式(Mixed Public-Private Delivery)选择。其核心特质在于政府在引入市场竞争者提供某种公共服务的同时,保留一部分公共服务由政府直接进行供给。一方面发挥其托底作用,保障那些贫苦无依生活困难的老人过上安乐的晚年生活。另一方面,也对民办养老服务机构发展发挥引领和示范作用,规范其公共服务供给手段方式及过程。同时,在民办养老机构出现重大经营管理不善或遭遇严重危机,不能持续稳定地提供适格服务时,可以保证政府具有及时接管之资源和能力。基于公共公益混合供给的前述价值,并且考虑当下“公办养老机构一床难求,民营机构门前冷落”的社会现实,笔者认为对于大规模转制公办养老机构成为企业或开展公建民营的改革举措的推行应当在广泛调研的基础上慎重施以权衡。

五、多元协同合作供给中消费者的权益保障

无论公共服务供给模式、方式如何演进变迁,无论公共服务生产者、提供者、安排者、出资者等角色如何融合分离,永恒不变的是作为公共服务对象的广大民众。他们具有普遍性、广泛性的特征,可能是某一特定群体,如老年人、学前儿童、无家可归者、刑满释放人员等,也可能是一般公众。在契约治理体系中,他们一般不是公共服务合同主

^⑫ 参见《中华人民共和国疫苗管理法(草案)》

体,也可能没有(或较少)向生产者直接支付服务对价,但却是公共服务的现实接受者和获得者。服务的效果和品质直接关涉其在公法上的受益权,甚至宪法意义上的生存权。故而公共服务供给体制构建面临的一个重大挑战在于:在既有合同治理的框架下如何寻求效率标准与公民权利的契合统一。

不可否认,公民不仅是公共服务的对象,也是公共服务供给的监督者,作为纳税义务的承担者更是公共服务供给中相关财政资金的提供者。公共服务供给乃是宪法上规定的公民权利和国家义务之具体化。多元协同合作供给公共服务的基础在于双重委托的权利(力)构造。首先是基于公共服务的公共性、外部性等特质,公民难以自力获得服务也不便通过一般市场交易直接获取,故而选择通过纳税等行为将财产委托给政府,授权其制定公共政策并提供公共服务,基于委托政府向其履行行政给付之职责。其次是政府通过与私人企业或非营利社会组织缔结合同,委托其具体生产公共服务并向支付相应的对价。此中:(1)尽管民众不是合同主体,没有与服务生产者直接签署公共服务合同,但是毋庸置疑合同订立的目的正是在于民众公共需求之有效满足。(2)尽管民众并未直接(或较少)对于公共服务供给给付对价,但是基于其纳税主体地位,民众却实是服务费用的最终支付者。故而广大公众是公共服务的接受者,更是公共服务的消费者。

多重代理的复杂性不仅导致监管失灵,而且导致价值目标错位。尤其是“当决定的制定不透明时,人们更加难以识别决定正在被谁执行以及在哪里被执行。法律的确性、平等性,以及法律所保护的利益将处于更加危险的境地。”^③有学者将当下公共服务领域所形成的市场称为“准市场”,即并非是完全的市场结构。其特质在于依赖政府合同建立;基于福利提供服务等公共需求;有多个服务提供者;行政机关担任服务购买者和监管者的角色;而公共服务的消费者却并非是合同当事人和直接付费者。^④此中,作为合同当事人的政府和服务生产者,基于契约机制为作为非合同当事人的服务对象——公共服务的消费者的利益而设定权利义务。这个过程中基于激励机制驱动,作为理性经济人的合同双方着眼于成本、效率等要素考量,极易忽视甚至损害作为服务对象的消费者的权益。这也正是反对者质疑公共服务民营化效果的一大根源。

公民不仅期望所获得的公共服务满足及时和可靠性等标准,而且期望服务的供给公平并关注财政责任;此外,还希冀有机会对其所获得的公共服务数量及质量施以影响。^⑤请求政府提供相应的公共服务乃是公民在公法上的权利,属于公民给付基本权的范畴。为捍卫公共服务的公共属性,保障供给质量,作为公法上的消费者,公民当然有权了解并参与公共服务的计划、决策和监督。然而检视我国既有《政府采购法》《政府

③ Kees Van Kersbergen & Frans Van Waarden, “Governance” as a bridge between disciplines: Cross-disciplinary inspiration regarding shifts in governance and problems of governability, accountability and legitimacy, *European Journal of Political Research* 143, 158 (2004).

④ See Peter Vincent-Jones, *The Regulation of Contractualisation in Quasi-Markets for Public Services*, 79 *Public Law* 304, 327 (1999).

⑤ 参见前引⑦, [美]珍妮特·V·登哈特、罗伯特·B·登哈特书,第45页。

采购法实施条例》《政府购买服务管理办法(暂行)》《关于在公共服务领域推广政府和社会资本合作模式的指导意见》《关于政府向社会力量购买服务的指导意见》,以及各部门、各地方发布的相关规范性文件等对于公共服务消费者的法律主体地位均未予以明确,更无论其权益保障。《政府购买服务管理办法(暂行)》只在第21条、第31条简略提及服务对象的评价和监督,但对于具体的评价机制、监督方式以及诉求表达渠道等却尽付阙如。

在公共服务供给过程中公众作为消费者,无疑有权监督公共服务的内容、品质、价格、效果等并提出意见建议,同时亦享有知情权、安全权和依法求偿权等权利。正如有学者所强调的,最好的公共服务乃是鼓励服务生产者之间展开充分有序的竞争,同时给予被服务者充分的选择权。^⑥但是由于公共服务市场主要是基于政府合同创立的,具有不完全竞争性,故而公共服务消费者享有的对于服务主体、服务内容等的选择权必然异于一般市场的消费者,需要受政府拟定的公共服务生产者遴选机制、合同目标等拘束和限制。

良好的公共服务需要对其用户的需要和需求作出积极反应。公共服务消费者权益保障不仅关系到公共服务供给目标的实现,而且也是“以人民为中心的发展思想”的充分体现。公共服务的公共性特质决定了多元协同合作供给体制的构建必须着注消费者权益的实现。这就要求其必须具有开放性,要通过建立完备的决策听证、监督投诉、评估反馈等制度,创设消费者知情表达机制,健全畅通平等对话的途径和渠道,促进广大公共服务消费者的实质性参与。(1)发言权是公共服务消费者通过与服务的提供者进行某种形式的直接沟通,利用各种方式表达其意愿的简捷手段。可以将发言权模式与选择权模式相结合,如果服务生产者知道消费者对于服务不满意就会退出,他们就必然具有了改善服务的动机。选择权使得发言权具有力量。英国公民宪章运动值得借鉴。英国政府在1991年以白皮书形式出台了公民宪章,要求政府提供的公共服务的质量必须与公民所支付的价值相当,要着眼于公共服务接受者的维度评价公共服务,并创设程序帮助其参与公共服务的改进。其中心思想在于授权,即授权公民选择公共服务,并表达自己的意愿,对于质量低劣的公共服务供给进行投诉等。^⑦(2)世界银行在一份世界发展报告中,曾梳理公共服务的责任框架,认为基于双重委托,可以将公共服务供应链中参与方的责任关系划分为长线责任和短线责任两种。此中,短线责任是以交易为基础,将选择和权力直接交给公民,公民通过交易直接表达服务需求,促使服务生产者直接对客户负责。公民同时还可以对生产者的表现和服务供给情况进行监督。这实然属于公众向公共服务生产者问责之机制。而长线责任则是公众通过向国家行使表达权以及国家与服务生产者缔结契约来构建控制机制。一方面公众向政府问责,另一方面依托契约政府要求公共服务的生产者承担相应责任。(3)当然着眼于有效保障公共服务消费者权益亦要健全司法救济途径。在域外司法实践中,对于履行公共职能的私主体

^⑥ 参见前引^③, [英]朱利安·勒·格兰德书,第10页。

^⑦ 参见前引^④, 杨欣书,第147-148页。

所实施的损害公共利益的行为,存在众多的施加程序性要求的先例。^⑧ 起诉权、法院的审查权等都是保障公共服务消费者权益的重要武器。建议赋予公共服务消费者对政府招标行为的诉权、对于服务生产者履行公共职能行为的诉权、对于政府承担担保责任的行为的诉权等。

结 语

公共服务供给体制厘革,尤其是政府、市场、社会多元协同合作治理的引入,正在不断模糊公私法的边界。公私合作的兴起意味着“契约国家”的诞生,尽管契约可能并不是一个简化问题的方法,甚至可能成为通往过分规制及复杂化的另一条道路。^⑨ 在公共服务供给领域,政府、市场、社会多元协同合作供给的组织构造和行为模式已然超越了以公法、私法二分为根基的法秩序,公私部门的关系不再是当然的对立与隔绝。这使得传统公法私法活动、公法私法关系、公法私法救济……都受到了极大的影响。改革不应仅仅停留在技术层面的修补,于立法者、执法者、司法者乃至法学研究者而言,无疑将面临新的挑战。

Abstract: The reform of public service supply system in China has experienced the evolution from government monopoly supply to the market-oriented privatization reform, then to the commonality regression, which has been difficult to meet the people's growing demand for public service, and has hindered the sharing of reform fruits and the promotion of the people's sense of gain. The logic behind institution changes should neither be the binary opposition between the government and the market, nor the marketization of the government's payment liability, but the completeness of cooperative supply system of the government, market and society, as well as the remolding of the pedigree of public and private rights and liabilities allocation. With an eye to the construction of multiple collaboration supply system, it is imperative to highlight the basis of commonality, and realize the effective sharing of public power. It should not only strengthen government contract governance liability based on contract governance framework, but also return to civil rights and pay attention to rights and interests guarantee of public service consumers.

(责任编辑:王莉萍)

^⑧ See Michael Taggart, *The Province of Administrative Law Determined*, at 16 (Hart Publishing, 1997).

^⑨ 参见前引①, [英]卡罗尔·哈洛、理查德·罗林斯书,第480页。